Volumen V • septiembre 2018
USFQ LAW REVIEW

La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador

Valeria Elizabeth Rosales Andrade
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: valeriarosales8@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018
DOI: doi.org/10.18272/lr.v5i1.1221

Citación

Rosales Andrade, V. E. «La Maternidad Subrogada: Propuesta Para Considerarla Como Una Forma De Trabajo En Ecuador». USFQ Law Review, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, p. 17, doi:10.18272/lr.v5i1.1221.

Resumen
El presente artículo está enfocado en la relación laboral y los derechos que se podrían constituir entre la madre subrogada y la pareja subrogante, a partir de un análisis de los elementos que el Código del Trabajo exige para que se configure un contrato individual de trabajo. El problema jurídico se centra en la inexistencia de regulación sobre el tema en cuestión y la posibilidad de establecer a la maternidad subrogada dentro del Derecho Laboral y la Constitución. Su falta de regulación resulta particularmente interesante considerando que, en el ordenamiento ecuatoriano, hay varias normas orientadas a proteger ciertos valores y derechos en cuanto a derechos de la familia y de las personas se refiere. Consecuentemente, a partir de estas consideraciones, se analizará qué elementos de la Constitución permitirían que la maternidad subrogada sea considerada una forma de trabajo y qué artículos del Código del Trabajo y la Constitución deberían ser enmendados con el fin de incluirla como tal.

Palabras clave
Maternidad subrogada, madre subrogada, pareja subrogante, relación laboral, relación de dependencia, contrato individual de trabajo.

Surrogate motherhood: A proposal to consider it as a form of work in Ecuador

Abstract
The following article is focused on the employment relationship and the rights that could be constituted between the surrogate mother and the surrogate couple, based on an analysis of the elements that the Labor Code establishes for an individual work contract to be set up. The legal problem focuses on the lack of regulation on the subject in question and the possibility of establishing the surrogate motherhood within the Labor Law and the Constitution. Its lack of regulation is particularly interesting considering that in the Ecuadorian legal system there are several norms oriented to protect certain values and rights regarding the rights of the family and the people they refer. Consequently, from these considerations will be analyzed which elements of the Constitution would allow surrogacy to be considered as a form of work and which articles of the Labor Code and the Constitution should be amended in order to include it as such.

Keywords
Surrogate motherhood, surrogate mother, surrogate couple, employment relationship, dependence relationship, individual work contract.

1. Introducción

Con el paso del tiempo y el desarrollo de la tecnología, se ha buscado una serie de alternativas cuyo objetivo es mejorar las condiciones de vida e incluso solucionar problemas de distinta índole que puedan afectar el pleno desenvolvimiento de los seres humanos. La maternidad subrogada es una de esas alternativas y se ha constituido como una de las soluciones más efectivas al problema de infertilidad, por medio de una mujer que da en alquiler su vientre para gestar al *nasciturus*. Sin embargo, no ha tenido total aceptación por parte de la sociedad, ya que se tiende a realizar prejuicios sobre la base de la moral.

En Ecuador, es una práctica que tiene vigencia pero no esta normada y la importancia de regularla se enfrasca en los riesgos, tanto médicos como legales, que implican llevarla a cabo. Como se ha dicho, con el fin de implementarla dentro del ordenamiento ecuatoriano, es necesario entender que, dentro de este método de reproducción, hay una serie de derechos que se podrían y se ven vulnerados por falta de tipificación, principalmente en materia laboral.

En consecuencia, en el presente artículo, se analizará la Constitución y el Código del Trabajo, con el fin de resolver si existe la posibilidad de llegar a admitir a la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo, a la madre subrogada como trabajadora, a los padres subrogantes como empleadores y la existencia o no de relación de dependencia entre ellos. Asimismo, se revisará cómo el tema es regulado y normado en otros países, para finalmente proponer la enmienda tanto de la Constitución como del Código del Trabajo.

2. Conceptos preliminares

2.1. Concepto de maternidad subrogada

La maternidad subrogada, desde un punto de vista técnico, se lleva a cabo mediante un proceso quirúrgico donde el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, la cual se encargará de llevar a cabo la gestación y dar a luz, para posteriormente entregar al menor a la misma[1]. Dicha práctica consiste en una especie de contrato entre una mujer denominada madre portadora o subrogada, con una pareja casada denominada pareja subrogante[2].

Existen distintas razones por las que una pareja recurre a esta práctica, entre ellas se encuentran: problemas de infertilidad que, según datos de la Organización Mundial de la Salud, hasta 2010 los tenían aproximadamente 80 millones de parejas; ausencia de útero en la mujer, presencia de útero funcional pero con

1 *Cfr*. Córdoba, Jorge, y Sánchez, Julio. *Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes*. Buenos Aires: Alveroni, 2000.
2 Fundación Víctor Grífols i Lucas. *Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*. Barcelona: Fundación Víctor Grífols y Lucas, 2010, p. 13

presencia de contraindicaciones médicas por riesgos, tenencia de útero funcional pero con historial de fracasos reproductivos, entre otras[3].

2.2. Concepto de madre subrogada o portadora

La madre subrogada es la mujer que acuerda quedarse embarazada con el fin de concebir un niño que será criado por otros, quienes serán reconocidos por la ley como sus padres[4]. Para que la mujer sea conocida como madre portadora, debe mediar un acuerdo o contrato con quienes serán los padres legales del menor. Adicionalmente, el bebé podría ser hijo biológico de uno de los padres subrogantes, siempre y cuando uno de ellos o ambos, hayan donado ya sea óvulos (por parte de la mujer) o semen (por parte del hombre)[5].

2.3. Concepto de pareja o padres subrogantes

Se emplea el término de padres subrogantes, para señalar a los individuos que pretenden convertirse en los padres legales del niño producto de un acuerdo de maternidad subrogada[6]. La pareja subrogante podría o no contribuir con su ADN y estar ligada biológicamente con el menor[7].

3. Tipos de maternidad subrogada según la participación de la pareja subrogante

La maternidad subrogada es una opción de tratamiento con intervención médica a la cual se acude cuando llevar a cabo la gestación es imposible. Existen diversas formas en que la maternidad subrogada puede ser llevada a cabo, según la intervención de la pareja subrogante en la gestación del *nasciturus*. En ciertos casos, la pareja subrogante aporta su material genético mediante el semen del varón; en otros casos consiste en la fusión de los gametos de uno de ellos y la donación de los óvulos o el semen de una tercera persona[8]. No obstante, hay circunstancias en las que ni el varón ni la mujer pueden contribuir con sus gametos; razón por la cual, la pareja solo se involucra en el acuerdo con otros donantes que darán su semen y óvulos[9].

Por lo tanto, el nombre que reciba el procedimiento a realizarse dependerá del nivel de infertilidad que posea la pareja subrogante y del protagonismo que tenga la madre subrogada en la gestación del *nasciturus.*

3 *Id.*, p. 14.
4 *Cfr.* Gimeno, Anna. *El deseo de ser madre*. Barcelona: Alba, 2011, p. 7.
5 *Ibíd.*
6 Traducción libre. Frankford, David, Bennington, Linda, y Ryan, Jane. "Womb Outsourcing: Commercial Surrogacy in India". *MCN, American Journal of Maternal Child Nursing.* 40/5 (2015), p. 286.
7 *Ibíd.*
8 Guillot, Rosa. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, (1994), p. 323.
9 *Ibíd.*

4. La maternidad subrogada en Ecuador

4.1. Antecedentes de la maternidad subrogada en Ecuador

A escala mundial, se ha afirmado que uno de los primeros casos, referentes a la práctica de la maternidad subrogada, data del año 1975 en Estados Unidos, donde una pareja que no podía concebir sus propios hijos solicitaba los servicios de una mujer para que sea inseminada artificialmente[10]. En Ecuador, según una investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (en adelante, CNBS), se han llevado a cabo varios procesos de maternidad subrogada desde el año 1993; no obstante, a pesar de su prolongada vigencia, no se han establecido regulaciones legales que la normen[11].

Según un informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida del año 2008, en Ecuador, existen alrededor de cuatro centros médicos en los que se lleva a cabo procedimientos de reproducción asistida y aproximadamente 474 ciclos de procedimientos de los mismos[12]. El informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida demuestra que dichos métodos, en los que se puede incluir a la maternidad subrogada, únicamente van a continuar vigentes en nuestro país.

Por otro lado, según datos provenientes de la misma fuente, en Ecuador han nacido aproximadamente 1100 niños por técnicas de reproducción asistida entre los años de 1990 hasta 2011[13]. Al parecer, el número de prácticas que se han llevado a cabo no han cesado, connotando una vez más la necesidad de regulación jurídica dentro de nuestro país. Indiscutiblemente, en Ecuador, esta práctica únicamente se seguirá desarrollando y su necesidad de legislación es idónea para regular y precautelar la salud de los menores y las madres subrogadas.

4.2. La maternidad subrogada como una forma de garantizar la institución de la familia

La maternidad subrogada es una práctica médica que ha llegado a obtener gran importancia tanto para derechos constitucionales como para los derechos reconocidos internacionalmente; sin embargo, no es una práctica que ha sido regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano[14].

En Ecuador, según un análisis realizado a partir de los datos proporcionados por

10 *Cfr.* Sambrizzi, Eduardo. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 110.
11 *Cfr.* Pacheco, Víctor y García, Agustín. *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador*. https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf (acceso: 18/05/2018).
12 Zegers, Fernando., *et al*. *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida*, 2008. http://redlara.com/images/arq/2008_registro%202008.pdf (acceso: 18/05/2018).
13 *Ibíd.*
14 *Cfr.* López, Irene. *La prueba científica de la filiación,* 1. México DF: Porrúa, 2005.

los censos nacionales, la tasa de fecundidad del año 1990 de 10,64 % bajó a 6,85 % para el año 2007[15]. Lo cual demuestra el decrecimiento de embarazos por diversas razones, incluida la infertilidad.

A partir de un análisis de la Constitución ecuatoriana y los derechos que esta protege y garantiza, es posible mantener una actitud optimista respecto a la posibilidad de un procedimiento legislativo sobre este tema controversial.

En la Constitución, en lo que respecta al capítulo sexto de Derechos de libertad, en el artículo 66, numeral nueve, determina que "se reconoce y garantiza a las personas el derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual"[16]. De la misma manera promueve el acceso a los medios idóneos para que dichas decisiones se den en condiciones seguras[17]. Agrega igualmente, en el numeral diez, que "se reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener"[18].

Evidentemente, se buscan proteger ciertos valores y derechos en cuanto a la familia y los derechos de las personas. De hecho, en el artículo 67, se establece que se reconoce a la familia en sus diversos tipos, estableciéndola como el núcleo fundamental de la sociedad[19]. Ciertamente, se puede inferir que la maternidad subrogada tendría carácter legal y legítimo dentro del ordenamiento ecuatoriano, ya que su único fin es ser un método alternativo que facilite a las parejas que, por cualquier situación, no puedan concebir hijos, la posibilidad de constituir una familia.

4.3. La maternidad subrogada como una forma de trabajo

En Ecuador, el término trabajo, según como lo determina la Constitución en el artículo 33, "es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía"[20]. El mismo cuerpo normativo, garantiza a la vez que el desempeño del mismo, se realizará "en pleno respeto de la dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"[21].

La maternidad subrogada podría ser una forma de trabajo debido a que, tal y como establece la Constitución del Ecuador en el artículo 284 numeral seis, uno de los objetivos de la política económica ecuatoriana es "impulsar el pleno empleo y **valorar**

15 Lanchimba, Cintya, y Medina, Paúl. "Fecundidad en el Ecuador y su relación con el entorno social y evolutivo". *Revista Analítika*, I (2011), p. 32.
16 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69.9. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
17 *Eiusdem*.
18 *Eiusdem*.
19 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
20 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
21 *Eiusdem*.

todas las formas de trabajo" (énfasis añadido)[22]. Igualmente, el artículo 325 reza que: "se reconocen **todas las modalidades de trabajo**, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores" (énfasis añadido)[23].

A partir de esta perspectiva, la maternidad subrogada sería una forma de trabajo que permitiría que la madre subrogada pueda establecer un contrato con la pareja subrogante dentro del cual podría recibir una remuneración a cambio de la concepción y entrega del menor. Este contrato que conforma la relación laboral entre la madre y la pareja subrogante tendría sustento en el artículo 66 de la Constitución en el cual se reconoce y garantiza en el numeral dieciséis: "El derecho a la **libertad de contratación**"; y en el numeral diecisiete: "Los derechos a la **libertad de trabajo**" (énfasis añadido). Así pues, dependerá completa y totalmente de la voluntad de la mujer en constituirse como madre subrogada y de la pareja subrogante en elegirla como quien concebirá a su hijo, respetando y tomando en cuenta los derechos que como trabajadora merece.

4.4. Obligaciones contraídas por los padres subrogantes y la madre subrogada

Una particularidad de nuestro Código Laboral es que contiene normas imperativas y de cumplimiento obligatorio tanto para empleadores como para sus trabajadores. Esto quiere decir, que las disposiciones ahí contenidas tienen que ser acatadas en la extensión total de su texto, constituyendo así derechos catalogados como irrenunciables[24].

Sobre la base del Código del Trabajo, una vez que se configure la relación laboral entre la madre subrogada y los padres subrogantes, se generará una serie de obligaciones que se tendrían que cumplir, de manera que se verifiquen los derechos adquiridos por la trabajadora, es decir, la madre subrogada.

Las obligaciones en referencia a lo establecido en el Código previamente mencionado serían, por ejemplo, el cumplimiento del pago de la remuneración que haya sido acordado en el contrato de trabajo, buen trato y consideración, así como la inscripción en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social[25].

Por otro lado, sería imprescindible agregar obligaciones que deberían ser cumplidas por parte de los empleadores, tales como: asegurar que el embarazo sea constantemente monitoreado por los respectivos médicos especialistas, que la mujer reciba tratamiento y asistencia médica durante el parto, que se proporcione a la

22 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 284, numeral seis. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
23 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 325. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
24 *Cfr*. Código del Trabajo. Artículo 4. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
25 *Eiusdem*.

mujer una remuneración que cubra sus gastos personales y médicos, que se provea tratamiento psicológico después del parto, entre otros.

Vale destacar que una de las obligaciones más importantes que deberían asumir los padres es que sea cual sea la condición con la que nazca el niño, ya sea que nazca con alguna enfermedad congénita o se produzca algún problema durante el nacimiento que modifique su fisionomía, los padres subrogantes deben adoptarlo.

Básicamente, lo que se buscaría es que la mujer lleve a cabo el embarazo de la manera más segura posible de modo que haya un buen desarrollo del bebé, en pos del interés superior del niño, consagrado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto pueda ser traído al mundo bajo las mejores condiciones de salud asegurando su pleno e integral desarrollo[26].

Por parte de la madre subrogada, una de las obligaciones que debería cumplir según el Código del Trabajo, sería: ejecutar la prestación a la que se acordó y en el término establecido. Empero, se podría considerar que una de las más importantes obligaciones que debería asumir la madre sería entregar al bebé objeto del contrato, ya que podría presentarse la situación en que la madre no quiera separarse del bebé y eso representaría un problema para los padres subrogantes.

En efecto, todas las obligaciones, tanto para los padres subrogantes como la madre subrogada, están encaminadas a que se cumpla a cabalidad el contrato de maternidad subrogada, pero asegurando la salud e integridad del menor y de la madre subrogada.

4.5. Cumplimiento del elemento de la relación laboral en los casos de maternidad subrogada: la dependencia

Los elementos de la relación laboral están contenidos dentro de la definición de contrato laboral que es, según Cabanellas, aquel contrato cuyo objeto es la prestación de servicios con carácter económico y privado, donde una parte da una remuneración o recompensa a cambio de servicios, mientras que la otra se encuentra bajo su dependencia o dirección[27]. El contrato laboral podría ser fácilmente confundido con un contrato civil; sin embargo lo que diferencia al uno del otro es precisamente la relación de desigualdad entre ambas partes, puesto a que una de ellas, como se determinó previamente, se encuentra en una posición de dependencia.

La dependencia es un elemento importante, ya que, a partir del mismo, el empleado se obliga a cumplir lo que disponga su empleador. Según la jurisprudencia ecuatoriana, la dependencia se relaciona "con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que

26 *Cfr.* Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 11. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.
27 Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo*. Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 1981, p. 351.

se imponga"[28]. De manera que es evidente que quien debe impartir determinadas instrucciones para el debido desarrollo de las actividades laborales es el empleador[29].

Consecuentemente y en función a lo que establece el Código del Trabajo, el empleador encuentra sus potestades enmarcadas dentro un cuadro de autoridad, ya que será quien se encargue de dirigir a sus empleadores imponiéndoles un determinado horario y actividades que realizar[30].

Como se ha presentado la concepción de la dependencia, se podría determinar que, en los casos de maternidad subrogada, viéndola desde una perspectiva amplia, los elementos que ésta demanda sí se cumplen. De hecho, en dichos casos hay un constante estado de dependencia, que se evidencia en todo el período de gestación.

Desde una perspectiva amplia, los horarios se pueden verificar en el hecho de que los padres subrogantes son quienes deciden en qué momento se llevará a cabo la inseminación en la madre subrogada, estableciendo así el momento en el cual iniciará el período de gestación y por tanto el inicio de la prestación. Los horarios no serían más que el tiempo dentro del cual duraría la relación laboral, es decir los nueve meses de gestación.

Por otro lado, al hablar de las órdenes que recibiría la madre subrogada, estas se evidenciarían en las instrucciones que los padres le darían respecto al tipo de tratamiento médico al cual se someterá, el tipo del parto que se llevará a cabo para traer al bebé al mundo, el tipo de alimentación que debería llevar la madre subrogada, e incluso las actividades que la madre subrogada debería dejar de realizar, entre otras.

4.6. La maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo

Según De la Cueva, una relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se constituye en el momento en que un trabajador realiza la prestación de un trabajo a un empleador, en una posición de subordinación[31]. Esto se instaura independiente del acto o causa que le hubiese dado origen.

En la maternidad subrogada, se puede evidenciar en la madre a la figura del trabajador, la cual está definida en el artículo 9 del Código del Trabajo como "La persona que se obliga a la **prestación del servicio** o a la ejecución de la obra" (énfasis añadido). La prestación, en materia laboral y según la jurisprudencia ecuatoriana, debe tratarse de "servicios lícitos y personales, es decir, [del] compromiso jurídico que adquiere voluntariamente el trabajador para desempeñar las actividades lícitas pactadas en forma personal"[32].

28 Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. *Gaceta Judicial* XVII/1 (20 de abril de 1999), p. 209.
29 *Cfr.* Vásquez, Jorge. *Introducción al Derecho Laboral ecuatoriano: Derecho Individual.* Quito: Jurídica Cevallos, 2004, p. 99-100.
30 *Ibíd.*
31 Barajas, Santiago. *Derechos del trabajador asalariado*. México DF: PN / IIJ-UNAM, 2004.
32 Sala de lo Laboral y Social. "Elementos de la relación laboral". *Gaceta Judicial*. XVII (20 de abril de 1999).

Por otro lado, también se puede encontrar en la pareja subrogante a la figura del empleador, que también se encuentra conceptualizado dentro del Código del Trabajo en el artículo 10 como: "[…L]a persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador"[33]. En este caso, como son quienes por su petición van a recibir el bebé concebido por maternidad subrogada, es a ellos a quienes se les presta un servicio; constituyéndose así como empleadores. Además, tanto la madre subrogada como los padres subrogantes tendrían plena capacidad para celebrar contratos, ya que el artículo 35 los determina hábiles, al no pertenecer a ninguna de las excepciones que presenta la ley[34].

Dentro de la doctrina moderna del derecho laboral se ha generado un cambio en la concepción del término contrato de trabajo y se ha sustituido por el término más amplio: relación de trabajo; el cual se apega más a la realidad existente entre una persona que solicita un servicio y otra que lo ofrece a cambio de una remuneración[35].

Dentro de la relación de trabajo que se constituiría entre la madre subrogada y la pareja subrogante, se pueden destacar cuatro características: (i) La madre subrogada se compromete y obliga automáticamente a realizar una prestación que, en este caso, sería la concepción del bebé; (ii) La personalidad en la prestación, es decir, la mujer se compromete a ser ella quien engendrará al bebé; (iii) La posición de dependencia, considerada como subordinación en sentido amplio, de la madre subrogada frente a la pareja subrogante, ya que el período gestacional debe llevarse a cabo bajo las condiciones determinadas por los padres subrogantes. Por ejemplo: debe seguir los tratamientos, medicación e incluso el parto que los padres subrogantes determinen; (iv) La existencia de remuneración, la misma que recibirá la madre subrogada de acuerdo a lo estipulado en el convenio entre ambas partes, a cambio de la concepción y entrega del bebé.

A partir de lo señalado anteriormente, la relación que se constituye entre ambas partes se plasmaría en el contrato individual de trabajo, configurándose en el contrato determinado en el artículo 8 del Código del Trabajo como: "El convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre"[36].

Por lo anteriormente analizado, la mujer subrogada es susceptible de ser amparada por el Código del Trabajo en su desenvolvimiento como trabajadora, ya que cumple con los requisitos para la protección que son: la prestación, personalidad, dependencia y la intención onerosa.

---

33 Código del Trabajo. Artículo 10. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
34 Código del Trabajo. Artículo 35. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
35 *Cfr*. Barajas, Santiago. *Derechos del trabajador asalariado*. *Óp. cit.*
36 Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.

Además, el contrato constituido cumple con los requisitos establecidos en el Código Civil para la validez de los actos jurídicos, que son: el consentimiento de las partes, la voluntad libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita[37].

4.6.1. Clasificación a la que pertenecería el contrato de maternidad subrogada

Una vez que se ha comprobado que la maternidad subrogada es, en efecto, un contrato individual de trabajo es necesario precisar en qué clasificación del artículo 11 del Código del Trabajo respecto al contrato de trabajo, correspondería.

El artículo 11 del Código del Trabajo determina lo siguiente:

> **Art. 11**.- Clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:
> a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;
> b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
> c) Por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;
> d) Por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea y a destajo; y,
> e) Individual, de grupo o por equipo[38].

En referencia a esta clasificación, el contrato de maternidad subrogada debería ser expreso y por escrito debido a la necesidad de que las partes contratantes dejen en constancia la voluntad de la madre subrogada y la aceptación de los empleadores con el reconocimiento de una remuneración. Adicionalmente, tendría que cumplir los requisitos que debe presentar un contrato escrito, establecido en el artículo 21 del Código; y realizar el respectivo registro ante el Juez del Trabajo con jurisdicción en el lugar en el que preste servicios la trabajadora[39].

La remuneración sería a sueldo, ya que como señala el artículo 13 del mismo Código, este tipo de remuneración toma en consideración, para ser fijado, a una determinada unidad de tiempo, en este caso los nueve meses que duraría el período gestacional[40].

Ahora bien, en lo concerniente a los literales c y d del artículo 11, sería imprescindible reformarlos, al igual que los artículos 16 y 17 del Código al que se está haciendo referencia, lo cual será analizado posteriormente.

Finalmente, el contrato sería individual ya que como se señaló anteriormente sobre la base del artículo 8, la madre subrogada se compromete para con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre[41].

37 Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
38 Código del Trabajo. Artículo 11. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
39 Código del Trabajo. Artículo 21. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
40 Código del Trabajo. Artículo 13. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
41 Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.

5. La maternidad subrogada en otros países

5.1. Estados Unidos

En Estados Unidos, la maternidad subrogada tiene un régimen jurídico distinto dependiendo de cada estado; en algunos es permitida de manera expresa, en otros es totalmente prohibida, mientras que en los estados restantes aún persisten dudas sobre su permisibilidad o funcionamiento[42]. Existen catorce estados que permiten la maternidad subrogada de manera expresa y de modo comercial, e incluso tienen sus propios cuerpos normativos que regulan el tema de manera específica, tales como: California, Florida, Maine, Virginia, etc.[43].

Existen algunos requisitos para poder ser madre subrogada como: tener al menos 21 años, tener un hijo propio con el fin que cuente con experiencia sobre los cuidados y las precauciones que se deben considerar durante el embarazo[44]. Adicionalmente, se manifiesta la necesidad que se proporcione tratamiento psicológico a la madre subrogada, antes y después del nacimiento, así mismo, como una revisión médica para asegurar que la futura madre se encuentre en las condiciones de salud idóneas para concebir un hijo[45].

Entre los casos más polémicos y relevantes sobre la maternidad subrogada, están los casos *Baby M* y el caso *Johnson vs. Calvert*. El caso denominado *Baby M,* trata de una pareja, de apellido Stern, que celebró un contrato de maternidad subrogada con otra pareja de apellido Whitehead[46]. En el contrato se estableció que la señora Whitehead engendraría el hijo de los Stern al ser inseminada con el material genético del señor Stern[47]. No obstante, una vez que se produjo el nacimiento de la menor, la señora Whitehead se negó a entregarla y, según los estudios psiquiátricos realizados, el consentimiento se habría otorgado sin plena aquiescencia[48]. Finalmente, se concedió la custodia temporal al matrimonio Stern, permitiendo visitas al bebé por parte de la señora Whitehead[49].

Por otro lado esta el caso *Johnson v. Calvert,* que definió a la maternidad biológica como un acto volitivo, siempre y cuando se encuentren en disputa tanto el óvulo como el embarazo[50]. En el caso, la pareja de apellido Calvert exigía la entrega del menor gestado por maternidad subrogada a la madre subrogada, alegando que los padres biológicos eran ellos y que la fecundación había sido *in vitro*[51]. Finalmen-

42 Finkelstein, Alex *et al.* Surrogacy Law and Policy in the U.S.: *A National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Columbia Law School Sexuality and Gender Law Clinic, 2016 p. 9.
43 *Ibíd.*
44 Finkelstein, Alex, *et al. Surrogacy Law and Policy in the U.S.:* A *National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Nueva York: Columbia Law School Sexuality and Gender Law Clinic, 2016, p. 48.
45 *Ibíd.*
46 Corte Suprema de Estados Unidos. *Baby M*. Sentencia, 3 de febrero de 1988.
47 *Ibíd.*
48 *Ibíd.*
49 *Ibíd.*
50 Corte Suprema de California. *Johnson v. Calvert.* Sentencia 023721 de 20 de mayo de 1993.
51 *Ibíd.*

te, la sentencia determinó que los padres eran los Calvert y que sin el embrión otorgado por ellos, el embarazo nunca hubiera existido ni nacido el menor[52].

Evidentemente, el tema de la maternidad subrogada se encuentra regulado dentro de la jurisprudencia y fallos emitidos por las diferentes cortes y tribunales de cada estado, dando permisibilidad a este procedimiento.

5.2. Ucrania

En Ucrania, la maternidad subrogada está regulada por actos legislativos, tales como: el Código de Familia de Ucrania, el acto alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania y el acto del Ministerio de Salud en la aprobación del aparato tecnologías de reproducción[53].

El Código de la Familia permite la gestación subrogada comercial y además, en el artículo 123 que se refiere al establecimiento de la filiación materna y paterna en los casos de maternidad asistida e implantación de *Ovum*, se determina en el numeral dos que "si un óvulo concebido por los cónyuges se implanta a otra mujer, los esposos serán los padres del niño"[54]. Así mismo, en el numeral tres, establece que, cuando un óvulo se implanta en una mujer ajena a la pareja de esposos con el fin que sea concebido por ella, el niño es considerado como afiliado a los cónyuges[55].

Se puede encontrar también que se regula quiénes serán reconocidos como los padres legales del niño. La normativa que lo establece es el acto de alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania, el cual establece que, en el caso de que el menor sea producto de la implantación del embrión en la madre subrogada, la inscripción de nacimiento se realiza registrando el nombre de la pareja subrogante como padres del menor[56].

Por otro lado, el acto emitido por el Ministerio de Salud en la aprobación del aparato sobre tecnologías de reproducción, contempla los requisitos que debe cumplir la madre subrogada. Entre los requerimientos se encuentran los siguientes: ser mayor de edad (mayor de 18 años), tener capacidad judicial, tener al menos un hijo propio, poseer un buen estado de salud físico y psicológico; y que tenga la posibilidad de llevar un embarazo a término[57]. Además, respecto a los padres o pareja subrogante, plantea que deben estar casados, ser mayores de edad y que uno de ellos debe contar con una justificación médica que le permita someterse a tratamientos de maternidad asistida[58].

52 *Ibíd*.
53 Ruíz, Rocío. *Maternidad subrogada: Revisión bibliográfica*. Tesis de grado. Universidad de Cantabria. Santander, 2013, p. 21.
54 Código de Familia de Ucrania. Artículo 123. 2947-III de 10 de enero de 2002.
55 *Eiusdem*.
56 *Cfr*. Ministerio de Justicia (Ucrania). *Acto alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania*. 1154/5 de 22 de noviembre de 2007.
57 *Cfr.* Ministerio de Salud (Ucrania). Acto en la aprobación del aparato tecnologías de reproducción. N° 771 del 23 de diciembre de 2008.
58 *Ibíd*.

5.3. Rusia

En Rusia, el primer programa relacionado con la maternidad subrogada fue implementado en el año de 1995 en el centro IVF en el instituto denominado Institute of Obstetrics and Gynaecology[59]. La maternidad subrogada con intensión onerosa es legal, pero únicamente para parejas heterosexuales, siempre y cuando haya evidencia de que existe algún problema médico que impida la gestación[60]. De hecho, esta práctica ha sido recibida e implementada con gran aceptación por la mayor parte de la población rusa.

Según la legislación, las mujeres aptas para ser madres subrogadas son aquellas: con edad entre 20 y 35 años, que tenga al menos un hijo propio sano, que gocen de un buen estado de salud y que manifiesten su consentimiento por escrito; en el caso de estar casada, se requiere el consentimiento de su pareja[61].

Dentro de los instrumentos legislativos sobre el tema de la maternidad subrogada, se encuentra la Ley Federal que da permisibilidad, tanto a parejas conyugales como a mujeres solteras, para poder participar en programas de maternidad subrogada[62]. En el Código de Familia, en el numeral cuatro del artículo cinco, se establece la posibilidad de que la pareja subrogante pueda ser registrada como padres del niño, siempre y cuando cuenten con el consentimiento de la madre subrogada[63]. Adicionalmente, en el artículo 52, agrega que una vez realizado el registro, la madre subrogada pierde el derecho a impugnar la maternidad[64].

Finalmente, la Ley Sobre los Actos de Registro Civil prescribe que, en el registro de nacimiento, se debe adjuntar el documento que prueba el hecho del nacimiento del niño y un escrito, emitido por la institución médica, en el que se confirme el consentimiento de la madre subrogada a que proceda la inscripción de la pareja subrogante como padres del niño[65].

5.4. India

En India, la maternidad subrogada es permitida y además esta completamente regulada e integrada en su ordenamiento jurídico. Existen varios modelos de contratos que regulan la relación entre ambas partes, así como los términos y condiciones. Es requisito que, dentro de los contratos de maternidad subrogada, se regule con precisión todos los

59 Svitnev, Konstantin. "Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia". Reproductive biomedicine, 20.7 (2010), p. 892-894.
60 *Ibíd.*
61 Svitnev, Konstantin. "Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia". Reproductive biomedicine, 20.7 (2010), p. 892-894.
62 Ley Federal "Normativa de protección de la Salud de la Federación de Rusia", de 1 de enero de 2012.
63 Código de la Familia (Federación Rusa). Artículo 51. N 222-FZ de 25 de noviembre de 2013 (última modificación).
64 Código de la Familia (Federación Rusa). Artículo 52. N 222-FZ de 25 de noviembre de 2013 (última modificación).
65 Ley Federal sobre los Actos de Registro Civil (Rusia). Artículo 16. N 143, de 15 noviembre de 1997.

aspectos que regirán durante la relación jurídica[66]. Incluso, en el caso en que la madre subrogada decida no entregar al recién nacido, es posible interponer una demanda[67].

El régimen y el proceso de maternidad subrogada se encuentra, principalmente, en dos documentos: *National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India*, emitida por el *Indian Council of Medical Research* (en adelante, ICMR) y la Guía para la Reglamentación de la Reproducción Asistida[68].

Entre las condiciones para que un contrato de tal índole pueda ser llevado a cabo, se establece que una vez firmado el contrato se pierde todo derecho de interrumpir el embarazo; la remuneración se corresponde al total de ingresos que la pareja ganaría en nueve años; en caso de que se necesiten óvulos, estos provendría de un tercero; etc.[69].

La regulación de dicho procedimiento resulta indispensable en un país como India, puesto a los altos niveles de pobreza hacen que sea común la recurrencia a la misma, de manera que asegura la salud de la madre subrogada, que se cumpla a cabalidad el contrato y los derechos reproductivos de las personas.

6. Propuestas para incluir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a la maternidad subrogada

Debido a la importancia de la maternidad subrogada, como una alternativa para parejas que no pueden concebir sus propios hijos, son evidentes las razones por las que debe realizarse una serie de cambios y reformas tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo.

Para la reforma de ciertos artículos de la Constitución, con el motivo de incluir a la maternidad subrogada como una forma de trabajo, sería necesaria la realización de un referéndum, ya que, según lo establece el artículo 441 de la Constitución, este tipo de reforma procede cuando se busca:

> [La] enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución[70].

El artículo que se precisaría reformar por medio de referendum es el 325, respecto a las formas de trabajo, incluyendo lo siguiente: la maternidad subrogada es

66 *Cfr.* Fundación Víctor Grífols i Lucas. *Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*. Barcelona: Fundación Víctor Grífols y Lucas. 2010, p. 13.
67 *Ibíd.*
68 Indian Council of Medical Research. *National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India*, 2005 http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm (acceso: 08/04/2018).
69 Ruíz, Rocío. *Maternidad Subrogada. Óp. cit.*, p. 21.
70 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 441. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

reconocida como una forma de trabajo. Lo cual serviría para poder constituirlo como una práctica lícita dentro del ordenamiento ecuatoriano en general, permitiendo así la adición a otros cuerpos normativos de menor jerarquía.

En lo que respecta al Código del Trabajo, sería imprescindible reformar los artículos once, dieciséis y diecisiete. En el artículo once, que señala la clasificación del contrato de trabajo, se propone agregar, en el literal c, las palabras "y de gestación", a continuación de la palabra "ocasional"; y, en el literal d, las palabras "y por maternidad subrogada", después de la palabra "a destajo"[71].

En lo referente al artículo dieciséis, convendría agregar, al final del último párrafo, lo siguiente: "En el contrato por maternidad subrogada, la trabajadora se compromete a llevar a cabo el proceso de gestación, prestando su útero con el fin engendrar un hijo a favor de la pareja subrogante (empleadores) y concederlo después de su nacimiento"[72].

Por su parte, en el artículo diecisiete, correspondería agregar la siguiente frase después del penúltimo párrafo: "Son contratos de gestación, aquellos respecto al trabajo de maternidad subrogada y comprende el período que transcurre entre la implantación del cigoto en el útero de la madre subrogada hasta el momento del parto; puede incluir el período de lactancia. El sueldo o salario deberá cubrir todos los gastos médicos y personales que tenga la madre subrogada respecto a la maternidad, además del dinero acordado respecto a la prestación del útero y riesgos del embarazo[73].

A partir de las reformas anteriormente redactadas, tanto en el Código del Trabajo como en la Constitución, sería posible reconocer a la madre subrogada como una trabajadora y, por ende, reconocerle los derechos pertenecientes a los trabajadores. No obstante, sería necesaria la elaboración de un reglamento respecto a la materni-

71 El artículo once, una vez modificado, quedaría de la siguiente manera:

Artículo. 11.- Clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:

a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;

b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;

c) Por tiempo indefinido, de temporada, eventual, ocasional y de gestación;

d) Por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea, a destajo y por maternidad subrogada; y, (texto añadido)

e) Individual, de grupo o por equipo

Código del Trabajo. Artículo 11. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

72 El artículo dieciséis, una vez modificado, quedaría de la siguiente manera:

Artículo. 16.- Contratos por obra cierta, por tarea, a destajo y por maternidad subrogada.- […] En el contrato por maternidad subrogada, la trabajadora se compromete a llevar a cabo el proceso de gestación, prestando su útero con el fin engendrar un hijo a favor de la pareja subrogante (empleadores) y concederlo después de su nacimiento (texto añadido).

Código del Trabajo. Artículo 16. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

73 El artículo diecisiete quedaría de la siguiente forma:

Art. 17.- Contratos eventuales, ocasionales, de temporada.- […] son contratos de gestación, aquellos respecto al trabajo de maternidad subrogada y comprende el período que transcurre entre la implantación del cigoto en el útero de la madre subrogada, hasta el momento del parto; puede incluir el período de lactancia. El sueldo o salario deberá cubrir todos los gastos médicos y personales que tenga la madre subrogada respecto a la maternidad, además del dinero acordado respecto a la prestación del útero y riesgos del embarazo (texto añadido).

Corresponde al Director Regional del Trabajo, en sus respectivas jurisdicciones, el control y vigilancia de estos contratos.

Código del Trabajo. Artículo 17. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

dad subrogada en el que se incluyan los requisitos que deberían cumplir las partes para poder celebrar un contrato de maternidad subrogada. Dicho reglamento podría incluir los requisitos establecidos en los ordenamientos de Ucrania y Estados Unidos, tales como: (i) que la mujer y los padres subrogantes sean mayores de edad; (ii) que la madre subrogada tenga un hijo propio, con el fin que tenga la experiencia necesaria acerca de la maternidad; (iii) que la mujer subrogada se realice pruebas médicas para comprobar que cuenta con el estado de salud idóneo para llevar a cabo la maternidad subrogada; (iv) que, luego de la concepción, la mujer que presta su útero reciba tratamiento médico y psicológico; (v) que tanto la madre subrogada como los padres subrogantes manifiesten su consentimiento por escrito y celebren un contrato de manera escrita con el fin que la mujer se obligue a entregar al bebé y proteger así a los padres subrogantes, entre otros.

7. Conclusión

La legislación de la maternidad subrogada permitirá que la mujer que presta su útero pueda ser considerada como trabajadora y, por consiguiente, adquiriría los derechos que le corresponden como tal. Lo que es más, el contrato que se genera entre la madre subrogada con los padres subrogantes serviría como garantía de que la mujer pueda llevar a cabo la gestación en las mejores condiciones posibles y que, de una u otra manera, se encuentre en la obligación de cumplir lo pactado. Además que sería de gran utilidad para poder regular este procedimiento médico, que puede ser riesgoso tanto para la mujer que se somete a este como para el bebé producto de la concepción.

Cabe recalcar que, con esto, no se busca deshumanizar a la concepción de maternidad ni mucho menos constituirla como un mero negocio, en su lugar, se debería ver el tema como una manera de ayudar a otras parejas que buscan conformar su propia familia, la cual es el núcleo fundamental de la sociedad.

A partir de tal principio, sería posible observar a la maternidad subrogada como una modalidad de empleo que cumple con todos los elementos para poder recibir protección por parte del Código del Trabajo: la personalidad, remuneración, dependencia y servicio lícito; lo cual haría de esta práctica altruista, más segura y con garantías tanto para los padres subrogantes como para la madre subrogada.

Este cambio lograría que se transforme la perspectiva tradicional de la concepción del trabajo, sin necesariamente realizar una tergiversación del mismo; sino más bien un intento para dar apertura a todas las formas de trabajo que el hombre pueda imaginar, siempre que busque servir y ayudar al resto; de manera que pueda llevarlos a cabo y de forma en que se aseguren y garanticen sus derechos.